

L'escalation dei mezzi di intrusione nella sfera privata: ripartire dalla Costituzione¹


The escalation of the means of intrusion into the private sphere: starting from the Constitution

A ampliação dos meios de intrusão na esfera privada: repensar a partir da Constituição

Fabio Alonzi²

Università degli Studi di ROMA "La Sapienza" - Italia

fabio.alonzi@tiscali.it

 <http://orcid.org/0000-0002-3570-9939>

RIASSUNTO: Gli artt. 13, 14 e 15 della Costituzione italiana proclamano i "principi" dell'intangibilità della libertà personale, di domicilio e delle comunicazioni, prevedendo un'articolata disciplina che si fa carico di indicare le condizioni minime per tollerare atti invasivi di queste libertà. Il proliferare di nuove pericolose forme tecnologiche di invasività dematerializzate della sfera personale sembra mettere in crisi queste tutele costituzionali che solo una rivitalizzazione della categoria dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona consente di rafforzare, fornendo allo stesso tempo le basi concettuali per l'introduzione e la valorizzazione di nuovi strumenti di garanzia quale quello di "domicilio informatico".

PAROLE-CHIAVE: Processo penale italiano; indagini informatiche; diritti fondamentali.

¹ Il presente testo, riveduto ed ampliato, è lo sviluppo della relazione svolta al convegno del Centro studi giuridici e sociali "Aldo Marongiu" (Unione delle Camere Penali Italiane): *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo* (Roma, 28-29 settembre 2018).

² Dottore di ricerca in diritto e procedura penale, "Sapienza" Università di Roma.

ABSTRACT: Articles 13, 14 and 15 of the Italian Constitution proclaim the “principles” of the inviolability of personal freedom, of domicile and communications by providing an articulated discipline that takes care of indicating the minimum conditions to tolerate invasive acts of these freedoms. The proliferation of new dangerous technological forms of dematerialized invasiveness of the personal sphere seem to undermine these constitutional protections that only a revitalization of the category of inviolability of the fundamental rights of the person allows to strengthen, providing at the same time the conceptual bases for the introduction and enhancement of new guarantee instruments such as “IT domicile”.

KEYWORDS: Italian criminal procedure; IT investigation; fundamental rights.

RESUMO: Os artigos 13, 14 e 15 da Constituição italiana proclamam os “princípios” da intangibilidade da liberdade pessoal, do domicílio e das comunicações prevendo uma articulada disciplina que regula as condições mínimas para que se autorizem medidas invasivas a essas liberdades. A proliferação de novas e perigosas formas tecnológicas de medidas invasivas imateriais na esfera pessoal parecem colocar em crise essas limitações constitucionais. Por outro lado, somente uma revitalização da categoria da inviolabilidade dos direitos fundamentais permitiria reforçar e, ao mesmo tempo, fornecer as bases conceituais para a introdução e a valorização de novos instrumentos de garantia como aquela de “domicílio informático”.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal italiano; investigação informática; direitos fundamentais.

SOMMARIO: 1. Processo penale e Costituzione: un legame indissolubile. 2. L’inviolabilità dei diritti fondamentali: una categoria da rivitalizzare. 3. Indagini informatiche e tutela dei diritti inviolabili. 4. Alcune considerazioni per concludere. Bibliografia.

1. PROCESSO PENALE E COSTITUZIONE: UN LEGAME INDISSOLUBILE

Il titolo che gli organizzatori hanno dato all’odierno convegno ci invita a riflettere su quale sia l’effettiva forza connotativa dei principi della nostra Costituzione sulla disciplina del processo penale.

L'occasione è offerta da un duplice anniversario: l'entrata in vigore della nostra Carta fondamentale e l'approvazione dell'attuale codice di rito.

Come avviene per le vite degli uomini gli anniversari sollecitano riflessioni e bilanci. Nel nostro caso la scelta di legare insieme le due ricorrenze rispecchia pienamente il legame naturale che esiste tra Costituzione e processo penale³. Ogniqualvolta si riflette sulle regole che lo governano, anche per come declinate dalla clinica giurisprudenziale, si è chiamati inevitabilmente a misurarsi con i principi e le regole contenute nella nostra Legge fondamentale.

Non sono poche, difatti, le disposizioni della Carta riguardanti il processo penale. Alcune se ne occupano in maniera diretta, disegnando la struttura di questo delicatissimo strumento cognitivo e delineando la fisionomia dei soggetti che ne sono gli interpreti. Altre di riflesso, fornendo tutela ad una serie di diritti che possono essere limitati nel corso del processo: diritti fondamentali, o meglio, diritti inviolabili per rimanere maggiormente fedeli alle disposizioni costituzionali che li tutelano⁴.

Negli artt. 13, 14 e 15 Cost., alla proclamazione di “principio” della intangibilità della libertà personale, di domicilio e delle comunicazioni segue una articolata disciplina che si fa carico di indicare le condizioni minime per tollerare atti invasivi di queste libertà. Eventualità che si presentano con una certa frequenza nel corso del giudizio penale ove, per soddisfare esigenze processuali, si finisce per conculcare proprio questi diritti fondamentali.

Le modalità di intrusione nelle libertà tutelate costituzionalmente sono naturalmente figlie dei tempi e delle tecniche che l'evoluzione

³ Per i legami tra Costituzione e processo penale si vedano, tra gli altri, i contributi contenuti in AA. Vv., *Processo penale e costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, 2011; AA. Vv., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, 2007. Per un contributo sul tema con riferimento al precedente codice di rito si veda G. CONSO, *Costituzione e processo penale*, Milano, 1969.

⁴ Sulla genesi dei diritti fondamentali si veda da ultimo V. BALDINI, “Che cosa è un diritto fondamentale”. *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico positivi*, in www.dirittifondamentali.it, 15 giugno 2016.

scientifica è in grado di mettere a disposizione dei soggetti processuali che sono chiamati a svolgere attività di carattere investigativo⁵.

I nuovi strumenti di controllo informatico, che possiedono una forte capacità di intrusione nella sfera privata di ogni individuo, anche estraneo alla vicenda processuale, ne costituiscono l'esempio paradigmatico.

Proliferano forme di invasività dematerializzate della sfera personale, ma non per questo meno pericolose⁶. L'esistenza di un mondo virtuale nel quale ognuno di noi vive, lavora e "sviluppa" la propria personalità ha stimolato la nascita di forme di controllo che non investono più la persona nella sua dimensione corporale e materiale, ma in quella più impalpabile della sua estensione digitale.

Tale attenzione è d'altra parte comprensibile. Le reti informatiche, in virtù della loro natura, sono divenute anche canali utilizzati dalla criminalità, e, per questo, oggetto di attenzione da parte di coloro ai quali spetta istituzionalmente la repressione penale.

La nascita e lo sviluppo di indagini informatiche, soprattutto di carattere occulto, pongono, tuttavia, agli interpreti quesiti ai quali non è sempre facile fornire risposta.

Tra questi, il più importante è costituito dallo stabilire quali siano i limiti a cui devono soggiacere poteri così pervasivi degli organi inquirenti.

Limiti che devono certamente sussistere in quanto anche nel mondo virtuale ad ogni persona deve essere riconosciuto uno spazio che sia immune da interferenze esterne.

La ragione è abbastanza evidente. Nella rete informatica si comunica, si possono depositare documenti "personali", si può "navigare"

⁵ Per uno sguardo d'insieme al tema si vedano S. ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 217 ss.; G. DI PAOLO, *Prova informatica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. annali*, VI, Milano 2016, p. 739; L. LUPARIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di G. Garuti, t. I, Torino, 2011, p. 396 ss.; S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, p. 121 ss.

⁶ Sulla "incapacità" del legislatore di regolare tempestivamente questo nuovo fenomeno si veda M. DANIELE, *La vocazione espansiva delle indagini informatiche e l'obsolescenza della legge*, in *Proc. pen e giust.*, 5, 2018, p. 831 ss.

esponendosi allo sguardo occulto altrui, insomma si possono compiere una serie di attività che forniscono informazioni sulla personalità di un individuo, molte delle quali afferenti alla dimensione più intima.

Ed allora si comprende bene come appare indefettibile misurarsi con le garanzie riconosciute dalla Costituzione ed in particolare con la tutela che la stessa offre ai diritti inviolabili dell'uomo.

2. L'INVIOLABILITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI: UNA CATEGORIA DA RIVITALIZZARE.

Ogniqualevolta si affronta il tema della tutela apprestata dalla nostra Carta fondamentale alle libertà individuali si è soliti dare maggior risalto alle garanzie (della riserva di legge e di "giurisdizione") che la stessa impone di rispettare per introdurre eventuali atti limitativi di queste libertà, mentre minore attenzione viene riservata alla circostanza che questi diritti siano stati qualificati inviolabili. Questo approccio rischia di fornire una visione errata del livello di tutela che i Costituenti hanno inteso attribuire a questi diritti, non potendo essere priva di significato la circostanza che agli stessi, ed in particolare a quelli regolati dagli artt. 13,14, 15 e 24 Cost. sia stato riconosciuto il carattere dell'invioleabilità⁷.

⁷ Ben altra è più complessa questione è se i diritti inviolabili ai quali fa riferimento l'art. 2 Cost. siano solo quelli previsti esplicitamente o implicitamente dalla Costituzione o se si possa fare riferimento anche a diritti desumibili da fonti esterne alla stessa: tema che l'economia del presente lavoro non consente di affrontare con la necessaria attenzione; per le varie posizioni assunte in dottrina si rimanda alla ricostruzione compiuta da A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1989, p. 18 ss.; più di recente S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, p. 471 ss. Di recente si è osservato come l'annosa *querelle* sul catalogo aperto o chiuso dei diritti fondamentali potrebbe essere considerato anche come un falso problema, cfr. G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2018, p. 2, in quanto «la struttura delle norme costituzionali in generale, e di quelle di principio in specie, è talmente ampia da adattarsi incessantemente al mutare dei tempi e da consentire, come naturali sviluppi, nuove interpretazioni e nuove applicazioni, in risposta a nuovi pericoli e nuove esigenze sorti in tempi successivi all'entrata in vigore della Costituzione».

Per rimanere aderenti alla lettera ed allo spirito della Carta occorre, dunque, confrontarsi necessariamente con questo speciale attributo.

Come si è osservato in dottrina, tradizionalmente, il concetto di inviolabilità è stato usato in «relazione ai “diritti dell’uomo e del cittadino” con particolare riferimento all’impossibilità giuridica dei poteri pubblici di eliminarli, in tutto o in parte dall’ordinamento costituzionale positivo o, più semplicemente, di comprimerli sostanzialmente»⁸.

Per comprendere il reale valore di questo carattere torna poi utile anche considerare quella particolarissima tradizione che conduceva a qualificare come inviolabile innanzitutto la persona del monarca, come anche gli altri organi supremi dello Stato per «collocarli giuridicamente al di fuori di ogni valutazione politica e financo di ogni discussione»: simboleggiandone così la supremazia giuridica e valoriale. Questa tradizione ha influenzato i sistemi liberal-democratici ottocenteschi che hanno utilizzato la stessa espressione per connotare alcuni principi astratti a fondamento delle nuove forme statuali, attribuendola in particolare ai c.d. diritti dell’uomo.

La stessa tradizione ha condizionato anche la nostra Costituzione, dove la scelta di assegnare ad alcune libertà individuali il carattere della inviolabilità può essere letta come espressiva della chiara volontà di attribuirgli un primato valoriale. Come efficacemente è stato sottolineato, nell’assetto della nostra Carta emerge «un significato complessivo dei diritti inviolabili che li identifica con i valori originari, assolutamente primari e perciò intangibili nel loro nucleo assiologico, sia da parte di qualsiasi soggetto privato ... sia da parte di qualsiasi potere costituito»⁹.

Questi diritti si pongono allora quale fondamento del nostro sistema di valori costituzionale e di quel modello di convivenza civile ideato e voluto dalla Legge fondamentale. Dunque i diritti inviolabili come connotativi della nostra Costituzione e della forma di democrazia

⁸ V. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1989, p. 27, dal quale sono tratte anche le citazioni che seguono nel testo. In tema si veda anche F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972.

⁹ V. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., p. 29.

pluralista in essa previsto¹⁰. Ma come osservato sarebbe riduttivo intendere la inviolabilità come equivalente di irriducibilità consegnando così questa categoria alla sola dimensione formalistica e legalitaria. In questo modo si finirebbe per svilire il significato più profondo della qualificazione di inviolabilità di alcuni diritti «e cioè il fatto che sono essi a costituire la misura di valore della democrazia, e non viceversa, e che è il loro rispetto a contrassegnare primariamente la “legittimità” dell’azione della maggioranza e delle decisioni di questa e non viceversa»¹¹.

Sulla base di queste considerazioni si giunge così ad una prima conclusione: con la qualificazione di inviolabilità emerge la peculiarità connotativa, dal punto di vista costituzionale, di alcuni diritti, perché, se è vero che la Carta non ha predisposto una «completa o assoluta gerarchia di valori [...] non è men vero che ha inteso porre alcuni valori o alcuni principi al di sopra di altri»¹².

Rispecchiano il precipuo rilievo attribuito ai diritti inviolabili le garanzie che li corredano. Per quel che qui interessa nel caso delle c.d. libertà negative, in particolare la libertà personale, di domicilio e delle comunicazioni, la Carta, nonostante non fissi limiti di valore, prevede alcune specifiche garanzie procedurali che debbono essere rispettate qualora si vogliano imporre eventuali restrizioni materiali. Un riconoscimento che si può considerare un’ammissione implicita che anche questi diritti non siano immuni da possibili limitazioni esterne¹³.

¹⁰ Come osservava P. Calamandrei nella prefazione alla seconda edizione di F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946, ora in P. CALAMANDREI, *L’avvenire dei diritti di libertà*, Giulianova, 2018, p. 58, «in un ordinamento democratico le libertà individuali, anche se non fossero reclamate dai singoli a difesa dell’interesse privato, apparirebbero come primordiale esigenza dell’interesse pubblico: perché di esse la democrazia ha bisogno per respirare, ossia per vivere»

¹¹ V. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., p. 30, il quale osserva altresì che l’integrale riduzione della problematica della legittimità a quella della legalità, implicita nell’identificazione tra inviolabilità e irriducibilità, «fa perdere alla dichiarazione dell’art. 2 Cost. una parte sostanziale del suo più significativo spessore».

¹² Cfr. A. BALDASSARRE, op. cit., p. 31.

¹³ Come osserva tuttavia G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 323, l’inviolabilità si traduce nell’attribuzione alla libertà inviolabile «di una tendenziale priorità sui rispettivi limiti che

Questa tessitura riflette la trama semantica in cui si sviluppa il concetto moderno di libertà: un orizzonte di negazione, come ha osservato un filosofo contemporaneo¹⁴. Una dimensione, quella contemporanea e liberale, non priva di ambiguità poiché, come già aveva colto Nietzsche, in una delle sue opere più interessanti: «le istituzioni liberali cessano di essere liberali non appena si riesce ad ottenerle: non v'è nulla in seguito, che in maniera più grave e radicale delle istituzioni liberali danneggi la libertà»¹⁵. Una lezione che sarà poi ripresa e sviluppata da Foucault, nei suoi seminari parigini degli anni settanta, laddove il filosofo francese analizzando le dinamiche di libertà delle democrazie “liberali” mette in evidenza come le stesse abbiano bisogno di libertà, la promettono, la organizzano, ma allo stesso tempo gestendone in forma capillare le procedure, la limitano sino al rischio dell’annullamento: «la nuova arte di governo che si è formata nel XVIII secolo, racchiude in sé, nel suo stesso cuore, un rapporto di produzione/distruzione [con] la libertà [...] Da un lato, dunque occorre produrre la libertà, ma questo stesso gesto implica, dall’altro, che si stabiliscano delle limitazioni, dei controlli delle coercizioni, delle obbligazioni sostenute da minacce, e così via»¹⁶.

Pur muovendosi in questo orizzonte di riconoscimento/negazione/ limitazione, dalla nostra Carta e soprattutto dalla qualificazione di inviolabilità si possono trarre, anche per quanto appena osservato, delle importanti implicazioni.

impone di preferirla a questi ultimi nelle ipotesi di dubbio, sia evitandone il sacrificio quando sia questo il *thema decidendum*, sia, ad un diverso livello fornendole il più efficiente degli strumenti di tutela fra quanti ne offre volta a volta l’ordinamento».

¹⁴ V. R. ESPOSITO, *Politica e negazione. Per una filosofia affermativa*, Torino, 2018, p. 95, il quale sottolinea altresì come questa declinazione negativa del concetto di libertà, quale assenza di restrizioni e costrizioni viene per la prima volta esplicitata da Jeremy Bentham, portando alle estreme conseguenze una linea di pensiero che «originata da Hobbes, diventa largamente prevalente nella filosofia politica moderna».

¹⁵ Cfr. F. NIETZSCHE, *Crepuscolo degli idoli*, in *Opere*, a cura di G. Colli e M. Montinari, Vol. VI, t. III, Milano, 1991, p. 113.

¹⁶ Cfr. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al College de France* (1978/1979), Milano, 2005, p. 66.

Se limiti alle libertà inviolabili, ed in particolare alle libertà individuali, sono possibili non si può ammettere che il legislatore sia del tutto libero nella loro previsione¹⁷.

Tale ultima considerazione merita di essere chiarita. Come sottolineato da attenta dottrina le restrizioni ai diritti inviolabili possono essere previste a condizione che le stesse siano giustificate dal soddisfacimento di doveri inderogabilmente fissati dalla Costituzione e rispettando il bilanciamento con altri valori pari ordinati¹⁸.

Quest'ultima operazione risulta tuttavia tutt'altro che agevole¹⁹ e non priva di pericoli per la tenuta della garanzia²⁰, tanto da provocare in tutte le esperienze giuridiche degli ordinamenti democratici la creazione di formule giuridiche volte a contenere gli spazi all'interno dei quali far oscillare i termini del bilanciamento.

Vari gli strumenti che sono stati creati in proposito: da quello di "contenuto essenziale" del diritto, caro alla dottrina di matrice tedesca e che raccoglie proseliti anche in quella italiana, sino alla "garanzia dell'istituto" o alle "garanzie istituzionali"²¹. Ognuno di questi concetti è portatore della propria verità e capace, se ben utilizzato, di divenire strumento utile sia per ricostruzione logica dei vari tipi di garanzie sia per la risoluzione pratica di alcuni delicati problemi.

Al di là di tali relevantissime questioni ciò che qui preme ribadire, e che assume maggior rilievo per la nostra indagine, è la forza contenitiva che il riconoscimento dell'inviolabilità di un diritto esercita nei confronti del legislatore ordinario, al quale non può essere attribuita una assoluta libertà nel dettare previsioni limitative di diritti che si caratterizzano per questo attributo costituzionale.

¹⁷ Sul tema C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 8° ed., Padova, 1969, p. 950 ss.

¹⁸ Cfr. L. ELIA, *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 940 e ss.

¹⁹ È tutt'altro che agevole difatti individuare in base a quali regole giuridiche si possa operare questo bilanciamento.

²⁰ Il giudizio di bilanciamento potrebbe di fatto condurre ad uno svuotamento della garanzia della inviolabilità.

²¹ Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., p. 32, al quale si rimanda anche per l'illustrazione di ognuno di questi strumenti.

Si è già avuto modo di metterlo in evidenza: limiti a diritti inviolabili sono costituzionalmente tollerabili a condizione che abbiano una base in altri valori costituzionalmente previsti, al fine di tutelare altro diritto inviolabile o rendere possibile l'adempimento di un dovere inderogabile.

Nel far questo il legislatore è sottoposto tuttavia al principio della coesistenzialità o della necessità del limite²². Per dirla in maniera più chiara, per l'imposizione di un limite ad un diritto inviolabile, non è sufficiente che si possa individuare un legame giustificativo (ragionevolezza, proporzionalità) con altro valore costituzionale, in potenza limitativo del c.d. contenuto essenziale di quel diritto, ma che tale relazione giustificativa sia per così dire rafforzata dalla circostanza che in carenza di quel limite, il valore costituzionale che lo legittima risulterebbe sostanzialmente leso o violato²³. Solo così si rimane fedeli al valore primario che, con il riconoscimento della inviolabilità, i Costituenti hanno voluto attribuire ad alcuni diritti.

3. INDAGINI INFORMATICHE E TUTELA DEI DIRITTI INVIOLABILI.

Le precedenti considerazioni tornano utili per affrontare le questioni legate ai diversi problemi interpretativi che nascono dall'uso sempre più massivo delle indagini informatiche ed in particolare di quelle che vengono svolte mediante il c.d. *trojan horse*.

Come a tutti noto si tratta di una tecnica investigativa che permette, mediante l'invio di un *malicious software* in un dispositivo elettronico (*computer, smartphone, tablet* etc.), di compiere attività di ricerca e di sorveglianza *online* su quest'ultimo²⁴.

²² V. in proposito A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., p. 37.

²³ Si vedano al riguardo le considerazioni di M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 63. Sui limiti che deve incontrare il legislatore ordinario nella previsione di limiti a diritti di cui agli artt. 13, 14 e 15 Cost. si veda anche R. FONTI, *La tutela costituzionale delle libertà individuali*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, 2007, p. 11.

²⁴ Per un quadro d'insieme delle caratteristiche anche tecniche di questo nuovo strumento investigativo si veda R. BRIGHI, *Funzionamento e potenzialità*

Con questo accesso occulto, fisico o da remoto²⁵, è possibile appropriarsi non solo di tutto quanto contenuto nel dispositivo *target* (*online search*), ma anche di carpire, in tempo reale, tutte le attività che con lo stesso possono essere compiute, accedendo anche ai suoni ed alle immagini captati con l'attivazione dei dispositivi audio o video del *target* (*online surveillance*)²⁶.

Non vi è necessità di impiegare molte parole per dimostrare la pervasività di un tale strumento e soprattutto la sua enorme, quanto sinora sconosciuta, capacità intrusiva nella intimità di una persona²⁷.

Il c.d. captatore informatico è in grado di raccogliere, peraltro in tempo reale, una mole di informazioni su ogni aspetto della vita di un soggetto, da quella privata a quella lavorativa, che non ha sicuramente precedenti. Nei nostri *smartphone* è contenuta e filtrata la nostra intera esistenza.

Il primo tema che merita di essere trattato è se questa nuova tecnica investigativa comporti la violazione di uno, o più, dei diritti inviolabili tutelati dagli artt. 13, 14 e 15 Cost.

Per rispondere a tale quesito occorre partire da una premessa.

In carenza di una disciplina organica della materia, per individuare quale potesse essere quella applicabile al c.d. captatore informatico si sono sinora presi in considerazione soltanto alcuni usi del *malware*²⁸. Un esempio tipico di questo modo di procedere lo si

investigative del malware, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, 2018, p. 211 ss.

²⁵ L'inoculamento del captatore in un dispositivo-*target* può avvenire di fatto in due maniere: 1) agendo direttamente sullo stesso qualora se ne abbia la disponibilità fisica o 2) a distanza servendosi di un qualunque *file* ingannevole, che aperto dall'utente installa il *trojan* ivi mascherato.

²⁶ Su questa distinzione si veda M. GRIFFO, *Una proposta costituzionale per arginare lo strapotere del captatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2018, p. 24 ss.

²⁷ Le numerose funzioni del captatore sono ben elencate da F. CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. Bras. Direito Proc. Pen.*, 2017, 2, p. 483.

²⁸ Ad avviso di F. CAPRIOLI, *Il "captatore informatico"*, cit., p. 486, la circostanza che non vi sia una specifica regolamentazione non può condurre a ritenere che queste attività investigative siano per ciò solo vietate, poiché in alcuni casi sono riconducibili a mezzi di ricerca della prova già disciplinati

può trovare nella recente decisione delle Sezioni unite Scurato nella quale l'attenzione dei giudici del Supremo collegio si è concentrata principalmente sulla verifica di quale potesse essere la disciplina applicabile alle video riprese eseguite mediante l'uso del captatore, non occupandosi delle altre²⁹.

Questa scelta, tuttavia, finisce per eludere il tema più importante posto dal nuovo strumento investigativo: il suo corretto inquadramento.

L'attivazione di una *web camera*, mediante *trojan*, è solo una delle tante funzioni che con questo mezzo si possono attivare, ve ne sono altre che sicuramente non possono essere considerate come intercettazioni e che allo stesso tempo appare difficile classificare tra gli strumenti investigativi attualmente disciplinati dal codice di rito.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle indagini volte a ricavare copia, parziale o totale dell'*hard disk* trasmettendo così agli inquirenti dati ed informazioni in tempo reale con l'attivarsi di una connessione *internet*³⁰.

ed in secondo luogo perché nel nostro sistema processuale sono ammissibili anche le prove atipiche.

²⁹ Cfr. Cass., Sez. un. 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 76 ss., con nota di A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*; in Cass. pen., 2016, p. 2274, con nota di A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*; in *Proc. pen. giust.*, 2016, fasc. 5, p. 21, con nota di P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*; in www.penalecontemporaneo.it, 20 marzo 2017, con nota di L. GIOR-DANO, *Dopo le sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*. In tema si vedano altresì A. GAITO-S. FURFARO, *Le nuove intercettazioni ambulant: tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza della collettività*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 309; A. CISTERNA, *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, II, p. 331; L. FILIPPI, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 348; L. PICOTTI, *Spunti di riflessione per il penalista dalla sentenza delle Sezioni unite relativa alle intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 354; G. LASAGNI, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 ottobre 2016.

³⁰ Analoghe difficoltà si possono trovare anche per la qualificazione della captazione della navigazione dell'utente il cui *target* viene monitorato.

Per le c.d. perquisizioni *online*³¹, come osservato in dottrina e giurisprudenza, appare veramente arduo poter ricondurre la ricerca occulta, così operata, nei paradigmi normativi esistenti, ossia nelle disposizioni che regolano la c.d. perquisizione ordinaria (artt. 247-252 c.p.p.), o in quelle previste per la c.d. perquisizione informatica regolata dall'art. 247 comma 1bis c.p.p.³²

Molte sono difatti le ragioni, o meglio le differenze, che non consentono un tale inquadramento. Le ricerche condotte per il tramite del captatore sono, difatti: occulte, permanenti e capaci di raccogliere una mole indifferenziata di dati.

Le difficoltà, e talvolta l'impossibilità, di ricondurre nelle discipline già esistenti (ossia perquisizione, ispezione ed intercettazioni) le attività investigative di fatto compiute attraverso l'attivazione delle diverse funzioni del *trojan horse* impone, o meglio, rende imprescindibile verificare se queste attività si pongano in contrasto con diritti costituzionalmente tutelati ed in particolare con quelli inviolabili, per le cui limitazioni è imposto il rispetto della riserva di legge e l'attribuzione all'autorità giudiziaria dell'adozione dei relativi atti.

³¹ Con questa espressione, in realtà, come osservato da L. PARLATO, *Problemi insoluti: le perquisizioni on-line*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, 2018, p. 295, si intende fare riferimento a quelle operazioni eseguite mediante *trojan* che non possono essere ricondotte al concetto di intercettazione ossia a quelle operazione compiute «all'insaputa dell'interessato, volte ad esplorare un sistema informatico per trarne utili elementi probatori, sia a monitorarlo con costanza», sottolineando altresì che non deve trarre in inganno l'uso della parola “perquisizioni” nella denominazione in quanto rispetto all'istituto già esistente «questo è di gran lunga più invasivo».

³² Così espressamente F. CAPRIOLI, *Il “captatore informatico”*, cit., p. 489. Si vedano al riguardo anche le considerazioni di P. BRONZO, *L'impiego del trojan horse informatico nelle indagini penali*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2017, p. 347; M. DANIELE, *Contrasto al terrorismo e captatori informatici*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 403; A. TESTAGUZZA, *I sistemi di controllo remoto: fra normativa e prassi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 759; M. TROGU, *Sorveglianza e “perquisizioni” online su materiale informatico*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torni, 2014, p. 444. In giurisprudenza Cass., Sez. IV, 17 aprile 2012, n. 19618, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1523 con nota di G. BONO, *Il divieto di indagini «ad explorandum» include i mezzi informatici di ricerca della prova*.

Il problema non è stato affrontato neppure dalla recente legge di riforma delle intercettazioni, non ancora entrata in vigore, poiché la stessa si è limitata a regolare le sole attività di intercettazione realizzate tramite il *virus* informatico, e più precisamente quelle audio e di carattere ambientale, ottenute mediante l'inserimento di un *trojan* ed esclusivamente in dispositivi portatili³³, senza peraltro prendere in considerazione l'utilizzo del nuovo insidiosissimo strumento in relazione a dispositivi fissi: come il *computer* ad esempio³⁴.

L'assenza di una disciplina organica del nuovo strumento appare pericolosissima poiché in virtù delle diverse funzioni attivabili mediante captatore informatico vi è una estrema facilità, nonostante si attivi una sola funzione, che le attività acquisitive possano passare la misura, con la conseguenza che «gli impieghi *contra legem* sono solo limitatamente controllabili da parte del giudice, del pubblico ministero, della stessa polizia giudiziaria»³⁵.

Anche per queste ragioni si deve sondare la possibilità di procedere ad una autonoma qualificazione del nuovo strumento investigativo, e non limitarsi ad isolare la singola funzione, che sembra essere l'approccio sin qui seguito anche dalla giurisprudenza, che da un lato ha posto grande attenzione nel trovare la disciplina applicabile nell'ipotesi in cui mediante il *trojan* si captino «comunicazioni», ma non si è tuttavia misurata, con

³³ Ci si riferisce alla d. lgs. n. 216/2017. In particolare per quel che riguarda il captatore le nuove disposizioni troveranno applicazione per le «operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 marzo 2019», secondo quanto stabilisce la disposizione transitoria di cui all'art. 9 comma 1, come modificato dal d.l. n. 91/2018, conv. nella l. n. 108/2018. Con legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio) l'entrata in vigore è stata prorogata al 1° agosto 2019, termine ulteriormente differito al 1° gennaio 2020, per effetto dell'art. 9, c. 2, del d.l. n. 53/2019. Con specifico riferimento alla disciplina del captatore si deve poi segnalare come la stessa sia stata anche oggetto di interpolazione ad opera della l. n. 3/2019 (c.d. legge spazza-corrotti).

³⁴ In tema si vedano le considerazioni di L. PARLATO, *Problemi insoluti*, cit., p. 289 ss., la quale osserva anche che «il lato “nascosto”, su cui la novella è rimasta silente, crea difficoltà interpretative ancora maggiori di quelle direttamente legate alla lettura del testo».

³⁵ V. P. BRONZO, *Intercettazioni ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, 2018, p. 239. In tema si vedano anche le considerazioni di A. CAMON, *Cavalli di Troia*, cit., p. 96.

analogo rigore, con quei casi in cui mediante intrusore ci si appropri del contenuto di un *computer*³⁶.

Così facendo, a mio avviso, si finisce per non cogliere le peculiarità e le caratteristiche del nuovo strumento investigativo, così altamente invasivo e, soprattutto, non si offrono delle risposte interpretative veramente soddisfacenti.

Ed ancora, ciò che in sede speculativa non si è considerato con la dovuta attenzione è se la stessa intrusione che si opera mediante captatore debba essere oggetto di una autonoma valutazione giuridica.

Questa maniera di non considerare affatto l'immissione occulta in un sistema informatico sembra riecheggiare l'approccio adottato in materia di intercettazioni, dove non si è tenuta mai nella dovuta considerazione la circostanza che per posizionare delle microspie in una abitazione fosse necessario accedervi clandestinamente; mostrando così scarsa sensibilità per quanto impone l'art. 14 Cost.³⁷.

Per non dimostrarsi altrettanto insensibili occorre verificare come possa essere valutata l'intrusione del captatore nei sistemi informatici. Un quesito che impone di considerare dove penetra questo nuovo strumento investigativo.

Coglie a mio avviso nel segno il rilievo che quell'insieme di dati, informazioni ed attività possa essere considerata come una entità

³⁶ Cfr. Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, in www.penale.it, ove si è affermato che l'acquisizione, mediante captatore, di dati a contenuto non comunicativo, non violi alcun diritto inviolabile.

³⁷ Secondo la giurisprudenza maggioritaria la collocazione di microspie in un luogo di privata dimora, costituendo una modalità attuativa delle intercettazioni si deve considerare ammessa dalla legge, così tra le ultime, Cass. Sez. II, 13 febbraio 2013, n. 21644, in CED Cass., n. 255541, con la quale è stata anche dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 266 comma 2 c.p.p., per violazione dell'art. 14 Cost.; Cass., Sez. VI, 25 settembre 2012, n. 41514, in CED Cass., n. 253805, ove si è sottolineato che il pubblico ministero, nel suo provvedimento non è tenuto a precisare le modalità di intrusione delle microspie. In dottrina in senso critico A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 197, più recentemente A. CAPONE, *Intercettazioni e costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1267, il quale sottolinea che «l'art. 14 Cost. imponga al legislatore di circoscrivere almeno dall'esterno l'ambito entro cui questo tipo di attività, naturalmente segrete, risulta consentito»

complessa ovvero come una realtà unitaria alla quale possa essere riconosciuta la qualifica di domicilio, o, per dirla meglio, di domicilio informatico³⁸.

Nonostante siano state espresse alcune perplessità in dottrina su questa possibilità vi sono buoni argomenti per sostenere un simile inquadramento³⁹.

Per far questo occorre muovere dal significato che la Costituzione ha inteso dare al domicilio per come lo stesso è filtrato dai lavori preparatori.

Emerge da questi ultimi che nel concetto di domicilio si volevano far rientrare non solo l'abitazione e i luoghi a questa assimilabili, ma ogni luogo di cui si dispone a titolo privato e nel quale non necessariamente si svolgono attività domestiche⁴⁰.

Ed ancora, come non si è mancato di riconoscere negli stessi anni in cui vedeva la luce la nostra Carta fondamentale, il domicilio è stato tutelato in maniera così forte in quanto costituisce una proiezione spaziale della persona, secondo la famosissima definizione di Amorth⁴¹. Una stessa impostazione che riguarda anche il diritto alla segretezza delle comunicazioni tutelato costituzionalmente in quanto proiezione, in questo caso spirituale, di ogni individuo⁴². Queste disposizioni, per dirla con la Corte suprema statunitense «*protectes people, not pleasure*»⁴³.

³⁸ Si vedano al riguardo S. DE FLAMMINEIS, *Le intercettazioni telematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 989; S. SIGNORATO, *Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, 2018, p. 263 ss.; M. TORRE, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1168-1170.

³⁹ Esprime perplessità A. CAPONE, *Intercettazioni e costituzione*, cit., p. 1266, ritenendo questa strada «un poco accidentata».

⁴⁰ Per la ricostruzione dei lavori preparatori dell'art. 14 Cost. v. G. AMATO, sub artt. 13-14 Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili*, Roma-Bologna, 1977, p. 57.

⁴¹ Cfr. A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, p. 62.

⁴² V. F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1120.

⁴³ Citata in C. PINELLI, *Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite "virus di Stato"*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, p. 82.

Dunque il domicilio, dal punto di vista costituzionale coincide con un luogo del quale si ha la disponibilità ed il correlato potere di escludere altri, e che viene tutelato proprio in quanto in esso si ha una proiezione della persona.

Non vi è alcun dubbio che sin qui il concetto di luogo è stato inteso in senso fisico, ma ciò non osta a che questo concetto possa essere trasfigurato seguendo la *ratio* ispiratrice, o meglio il significato essenziale, che connota la tutela costituzionale del domicilio.

Una operazione che non ha nulla di scandaloso, in quanto come ampiamente riconosciuto, i diritti fondamentali, al pari di ogni prodotto culturale, sono sottoposti ad una naturale opera di rimodellamento evolutivo. Ai mutamenti culturali si accompagnano revisioni ampliative o meglio letture progressive che siano capaci di adattare il significato sostanziale dei diritti alle nuove esigenze di tutela⁴⁴.

Una volta individuato il nucleo fondamentale del diritto garantito dall'art. 14 Cost. nella necessità di tutelare l'individuo in quegli spazi "riservati" in cui lo stesso manifesta la propria personalità, è possibile ritenere che la tutela che la Carta fondamentale accorda al domicilio si possa estendere anche a luoghi dematerializzati, ma che costituiscono comunque uno spazio, anche solo idealmente circoscritto, in cui, al pari di quello che avviene per il domicilio fisico, si proietta la personalità di un individuo.

D'altra parte se si riflette sulla circostanza che l'idea di luogo si ricollega «a quella di spazio potenzialmente idoneo a contenere qualcosa»⁴⁵ diviene non troppo difficile qualificare l'intrusione in un qualsiasi apparecchio *target* come intrusione in domicilio informatico.

Si può allora affermare, come già fatto con efficacia, che oggi esista anche «una proiezione *informatica* dell'individuo destinata ad

⁴⁴ Si vedano in proposito A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., p. 18 ss.; G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti*, cit., p.3; nonché M. LUCIANI, *Positività e meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, II, p. 1067.

⁴⁵ V. S. SIGNORATO, *Modalità procedurali dell'intercettazione*, cit., p. 264, nota 3.

allargare i confini del diritto all'intimità della vita privata e al rispetto della dignità personale»⁴⁶.

D'altra parte questa idea di accostare quello spazio virtuale del quale ognuno di noi dispone con quella di domicilio informatico è già entrata nel nostro ordinamento se solo si considera l'inserimento nel lontano 1993 della fattispecie di accesso abusivo a sistema informatico proprio tra i delitti contro l'inviolabilità del domicilio⁴⁷. Una collocazione che sembra voler sottolineare che anche per il legislatore i sistemi informatici possano essere considerati come altrettanti domicili.

L'uso delle parole legate alle realtà informatiche d'altronde evidenzia questo concetto di entrare in uno spazio: accedere, entrare, password, etc.

Questa possibilità tuttavia non raccoglie il consenso di tutti in dottrina.

Si è infatti osservato che sarebbe più opportuno seguire gli insegnamenti della Corte costituzionale tedesca che ha negato che la salvaguardia della "intimità informatica" possa trovare copertura costituzionale nella libertà di domicilio, ma in un autonomo diritto all'uso riservato e confidenziale delle tecnologie informatiche implicito nella tutela che l'art. 1 *Grundgesetz* assicura alla dignità dell'uomo⁴⁸.

Quand'anche si seguisse lo stesso percorso e si ammettesse che nell'art. 2 Cost. possa essere enucleato il nuovo diritto inviolabile alla riservatezza informatica⁴⁹, non sarebbe comunque agevole farne discendere

⁴⁶ Così F. CAPRIOLI, *Il "captatore informatico"*, cit., p. 491.

⁴⁷ Ci si riferisce alla legge 23 dicembre 1993, n. 547, con la quale è stato introdotto nel codice penale l'art. 615-ter c.p.

⁴⁸ Ci si riferisce a Bundesverfassungsgericht, 27 febbraio 2008, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 679; nonché più di recente, Bundesverfassungsgericht, 8 maggio 2016, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2016, con nota di A. VENEGONI-L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazione da remoto a mezzo di strumenti informatici*. In tema si veda altresì F. NICOLICCHIA, *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto: spunti per una trasposizione nell'ordinamento italiano*, in www.archiviopenale.it, 2017.

⁴⁹ Come auspica R. ORLANDI, *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in www.

il rispetto della doppia riserva imposta dalla Costituzione solo per gli artt. 13, 14 e 15 Cost.⁵⁰

Questo diritto alla riservatezza informatica secondo altra parte della dottrina si deve comunque considerare tutelato dall'art. 8 della Convenzione europea il quale riconosce che «ogni persona ha il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza», operante nel nostro sistema per effetto dell'art. 117 Cost.⁵¹. Una disposizione che è stata interpretata dalla Corte EDU in maniera estensiva tanto da ricomprendervi non solo il diritto alla riservatezza, ma anche quello alla autodeterminazione informatica⁵². Interferenze nella vita privata possono sussistere, ex art. 8, par. 2, sempre che abbiano una base legale ed allo stesso tempo che siano necessarie, in una società democratica, alla tutela di alcuni valori fondanti dei singoli ordinamenti⁵³.

In qualche modo alle stesse conclusioni si giunge seguendo l'impostazione che preferisco: ossia che ogni dominio informatico

archiviopenale.it, 25 luglio 2016; Id., *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela progressiva dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1133.

⁵⁰ Difficoltà evidenziata anche da F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze dell'accertamento penale*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2014, p. 336, nonché da P. BRONZO, *L'impiego del trojan horse*, cit., p. 349.

⁵¹ Su questa necessità si veda G. ILLUMINATI, *La tutela della segretezza delle comunicazioni tra vecchio e nuovo codice*, in *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi*, Padova, 2013, p. 106; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., p. 1154; P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali*, cit., p. 125; F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online*, cit., p. 336; G. LASAGNI, *L'uso dei captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni tra presenti*, in www.penalcontemporaneo.it, 7 ottobre 2016, p. 15 ss. Ad avviso di L. PARLATO, *Problemi insoluti*, cit., p. 289 ss., p. 300 ss., la varietà di ricerche che è possibile fare mediante captatore informatico implica che siano invocabili le garanzie offerte da una serie di disposizioni costituzionali a tutela delle libertà individuali (artt. 13, 14, 15 Cost.) e dalle fonti europee.

⁵² Si veda in proposito Corte edu, Sez. V, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania. Sulla circostanza che anche il controllo della navigazione online interferisca con il diritto della persona al rispetto della propria vita privata si veda Corte edu, Sez. IV, 3 aprile 2007, Copland c. Regno Unito.

⁵³ V. A. GALLUCCIO, *Profili generali sugli artt. 8-11*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Uberris e F. Viganò, Torino, 2016, p. 257-261.

costituisca un domicilio che deve essere tutelato secondo quanto prevede l'art. 14 Cost.

Mi preme sul punto fare una precisazione. Questo inquadramento porta con sé una conseguenza: la necessità che il legislatore tenga conto della natura inviolabile del diritto in questione. Come già messo in luce, quando ci si misura con un diritto inviolabile è indispensabile che il legislatore rispetti il principio della coesistenzialità o necessarietà del limite e per far questo, ossia per introdurre misure limitative di questi diritti, si deve trovare una ragione giustificatrice dotata di un preciso fondamento costituzionale.

Non è tuttavia sufficiente invocare l'esigenza costituzionale all'accertamento dei reati, tutelata dall'art. 112 Cost., ma è necessario preventivamente dimostrare che la stessa sarebbe vanificata se non si consentissero atti limitativi della libertà inviolabile che viene in questione⁵⁴.

4. ALCUNE CONSIDERAZIONI PER CONCLUDERE.

Se le osservazioni sin qui svolte sono corrette appare imprescindibile la necessità di regolare normativamente tutte le attività che si compiono mediante il captatore informatico⁵⁵.

⁵⁴ In virtù di queste considerazioni si impone costituzionalmente la necessità che vengano adottate discipline positive decisamente articolate dalle quali traspia che si sia fatto buon uso del principio appena richiamato nel testo. Sin qui la dottrina ha invocato la necessità che quando si intervenga su diritti fondamentali si debba far uso del principio di proporzionalità, la cui più compiuta elaborazione si deve alla dottrina tedesca e che ha raccolto numerosi consensi anche in quella italiana, v. R. ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., p. 1157; per considerazione espresse in relazione al tema che qui interessa si veda G. LASAGNI, *L'uso dei captatori informatici*, cit., p. 20 ss.; F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 gennaio 2018. Sulla circostanza che il principio di proporzionalità debba essere considerato come criterio informatore di ogni misura che incida negativamente sui diritti di libertà dei singoli, cfr. M. CAIANELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2014, p. 144.

⁵⁵ Esigenza manifestata da tempo dalla dottrina italiana, a titolo esemplificativo: *Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici (c.d.*

Una disciplina che tuttavia allo stato manca, né questa carenza, per quanto già visto, appare colmabile con l'entrata in vigore delle nuove disposizioni sulle intercettazioni telefoniche⁵⁶. Prima di concludere non posso allora sottrarmi dall'affrontare, sia pur sinteticamente, un quesito finale.

In assenza di una espressa disciplina quale deve essere la sorte delle investigazioni informatiche compiute attraverso il c.d. *trojan horse* e non riconducibili all'interno delle discipline dettate dal codice di rito?

La questione non è delle più banali, poiché per darle risposta occorre misurarsi con uno dei temi più tormentati della procedura penale: la sorte degli atti investigativi non regolati dalla legge che violino libertà costituzionalmente tutelate.

Difatti, una volta appurato che l'intrusione mediante captatore in un apparecchio *target* nonché la maggior parte delle funzioni che poi si attivano costituiscono attività investigativa non regolata dalla legge, e che le stesse limitano diritti costituzionalmente rilevanti, primo fra tutti l'art. 14 Cost., si deve inevitabilmente affrontare tale questione.

Per una parte della dottrina gli elementi eventualmente acquisiti con queste modalità andrebbero incontro alla sanzione processuale della inutilizzabilità per violazione di un divieto desumibile dalla Carta fondamentale o dalla Convenzione europea⁵⁷.

“trojan”): un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani, in www.penalecontemporaneo.it, 7 ottobre 2016.

⁵⁶ Come correttamente osserva P. BRONZO, *L'impiego del trojan horse*, cit., p. 350 sono proprio gli impieghi del captatore che non hanno ricevuto «alcuna regolamentazione nel nuovo decreto legislativo si annoverano quelli più temibili: le tecniche *on line search* su tutte, che consentono un *profiling* personale ... accurato quanto mai potrebbe essere quello consentito dalle indagini tradizionali, e un'aggressione dell'intimità individuale che lambisce l'inviolabilità della psiche».

⁵⁷ In questo senso C. CONTI-M. TESTA, *Spionaggio informatico nell'ambito dei social network*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 429; F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online*, cit., p. 341; S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 775, il quale dopo aver osservato che questa sarebbe la conclusione più lineare, mette in evidenza che l'inutilizzabilità si potrebbe costruire anche seguendo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia UE dell'8 aprile 2014. Di fatto aderiscano alla stessa impostazione sebbene sia pur con diversi accenti A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove “incostituzionali”*,

Per molte delle ragioni già espresse in dottrina questa ricostruzione non appare convincente⁵⁸. Non è questa tuttavia la sede per ripercorrere compiutamente le argomentazioni più significative di questo dissenso⁵⁹. Si può solo sottolineare che se di primo acchito la teorica della prova incostituzionale sembra essere quella in grado di fornire una più efficace tutela dei diritti inviolabili, offrendo una risposta sanzionatoria di immediata applicazione, ad un esame più attento questa certezza si dimostra ingannevole. Questa speciale forma di tutela poggerebbe di fatto sulla sensibilità dell'interprete ed *in primis* dei giudici, ai quali verrebbe assegnato il compito di stabilire, volta per volta, l'effettiva esistenza di situazioni lesive di un diritto inviolabile.

Ma non solo. L'attribuzione di questo potere all'autorità giudiziaria non appare assolutamente in sintonia con il sistema di garanzie ideato dalla nostra Carta per tutelare i diritti inviolabili, la quale non affida certamente all'autorità giudiziaria il compito di individuare «casi e modi» delle limitazioni alle libertà individuali.

Come sottolineato da attenta dottrina quando ci si misura con il sistema di garanzie dei diritti fondamentali non è così difficile imbattersi in lacune ed antinomie: «possibili e in qualche misura inevitabili nei sistemi multilivello come sono tipicamente quelli dotati di costituzioni rigide»⁶⁰.

in Cass. pen., 1999, p. 120 ss.; L. P. COMOGGIO, *L'inutilizzabilità "assoluta" delle prove "incostituzionali"*, in Riv. dir. proc., 2011, p. 43 ss.; F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, p. 75 ss.; L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale*, in Dir. pen. proc., 2001, p. 9; O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in Dir. pen. cont., Riv. Trim., 2013, p. 8; S. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni*, Milano, 2001, p. 64 ss.; G. SPANGHER, *"E pur si muove": dal male captum bene retentum alle exclusionary rule*, in Giur. cost., 2001, p. 2829.

⁵⁸ Per un giudizio assolutamente critico sulla teoria della prova incostituzionale F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 153 ss. Più recentemente F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Milano, 2000, p. 236; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2012, p. 76 ss.

⁵⁹ Tra le varie proposte formulate in dottrina per sanzionare le c.d. perquisizioni on line appare condivisibile quella secondo la quale in carenza di una disciplina normativa le stesse «a rigore dovrebbero essere ritenute addirittura giuridicamente inesistenti»: così M. DANIELE, *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 405.

⁶⁰ Cfr. L. FERRAIOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2017, p. 109 ss., al quale si deve anche il virgolettato che segue nel testo.

Queste manchevolezze possono essere interpretate tuttavia in un'unica maniera: «come un'indebita lacuna che è obbligatorio colmare».

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, Giappichelli, 2007.

AA. VV., *Processo penale e costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano, Giuffrè, 2011.

AMATO, Giuliano. *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.

AMATO, Giuliano. Sub artt. 13-14 Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili*, Roma-Bologna, Zanichelli, 1977, p. 57.

AMORTH, Antonio. *La Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1948.

ATERNIO, Stefano. Digital forensics (*investigazioni informatiche*), in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, Utet, 2014.

BALDASSARRE, Antonio. Voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1989.

BALDINI, Vincenzo. “Che cosa è un diritto fondamentale”. *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico positivi*, in www.dirittifondamentali.it, 15 giugno 2016.

BALSAMO, Antonio. *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2274.

BONO, Gaetano. *Il divieto di indagini «ad explorandum» include i mezzi informatici di ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1523.

BRICOLA, Franco. *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1120.

BRIGHI, Raffaella. *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2018, p. 211.

BRONZO, Pasquale. *Intercettazioni ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2018, p. 239.

BRONZO, Pasquale. *L'impiego del trojan horse informatico nelle indagini penali*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2017, p. 347.

CAIANELLO, Michele. *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, *Riv. trim.*, 2014, p. 144.

CALAMANDREI, Piero. *L'avvenire dei diritti di libertà*, Giulianova, Galaad Edizioni, 2018.

CAMON, Alberto. *Le riprese vive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 120.

CAMON, Alberto. *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996.

CAMON, Alberto. *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 76.

CAPONE, Arturo. *Intercettazioni e costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1267.

CAPRIOLI, Francesco. *Colloqui riservati e prova penale*, Milano, Giuffrè, 2000.

CAPRIOLI, Francesco. *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. Bras. Direito Proc. Pen.*, 2017, 2, p. 483.

CISTERNA, Alberto. *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogaranistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, II, p. 331.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *L'inutilizzabilità "assoluta" delle prove "incostituzionali"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 43.

CONSO, Giovanni. *Costituzione e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1969.

CONTI, Carlotta- TESTA, Marco. *Spionaggio informatico nell'ambito dei social network*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, Giappichelli, 2014, p. 429.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè 1963.

DANIELE, Marcello. *Contrasto al terrorismo e captatori informatici*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 403.

DANIELE, Marcello. *La vocazione espansiva delle indagini informatiche e l'obsolescenza della legge*, in *Proc. pen e giust.*, 5, 2018, p. 831.

DE FLAMMINEIS, Siro. *Le intercettazioni telematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 989.

DI PAOLO, Gabriella. *Prova informatica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2016, p. 73.

DINACCI, Filippo. *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 75.

ELIA, Leopoldo. *Le misure di prevenzione fra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 940.

ESPOSITO, Roberto. *Politica e negazione. Per una filosofia affermativa*, Torino, Einaudi, 2018.

FELICIONI, Paola. *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, fasc. 5, p. 21.

FERRAJOLI, Luigi. *Iuria paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

FILIPPI, Leonardo. *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 9.

FILIPPI, Leonardo. *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 348.

FONTI, Rossella. *La tutela costituzionale delle libertà individuali*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, Giappichelli, 2007, p. 11.

FOUCAULT, Michel. *Nascita della biopolitica. Corso al College de France (1978/1979)*, trad. it., Milano, Feltrinelli 2005.

GAITO, Alfredo-FURFARO, Sandro. *Le nuove intercettazioni ambulanti: tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza della collettività*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 309.

GALANTINI, Novella. *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 76.

GALLUCCIO, Alessandra. *Profili generali sugli artt. 8-11*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, Giappichelli, 2016, p. 257-261.

GIORDANO, Luca. *Dopo le sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 marzo 20.

GRIFFO, Mario. *Una proposta costituzionale per arginare lo strapotere del captatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2018, p. 24.

GROSSI, Pierfrancesco. *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972.

IOVENE, Federica. *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze dell'accertamento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 336.

LASAGNI, Giulia. *L'uso dei captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni tra presenti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 ottobre 2016, p. 15.

ILLUMINATI, Giulio. *La tutela della segretezza delle comunicazioni tra vecchio e nuovo codice*, in *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi*, Padova, Cedam, 2013, p. 106.

LUCIANI, Massimo. *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983.

LUCIANI, Massimo. *Positività e meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, Jovene, 2009, II, p. 1067.

LUPARIA, Luca. *Computer crimes e procedimento penale*, in *Trattato di procedura penale*, dir. G. Spangher, *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di G. Garuti, t. I, Torino, Utet, 2011, p. 396 ss.;

MANGIAMELLI, Stelio. *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, Giuffrè, 2006, p. 471.

MARCOLINI, Stefano. *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015.

MAZZA, Oliviero. *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, Riv. Trim., 2013, p. 8.

MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 8° ed., Padova, Cedam, 1969.

NICOLICCHIA, Fabio. *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto: spunti per una trasposizione nell'ordinamento italiano*, in www.archiviopenale.it, 2017.

NICOLICCHIA, Fabio. *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 gennaio 2018.

NIETZSCHE, Friedrich. *Crepuscolo degli idoli*, in *Opere*, a cura di G. Colli e M. Montinari, Vol. VI, t. III, Milano, Adelphi, 1991, p. 113.

ORLANDI, Renzo. *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela progressiva dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1133.

ORLANDI, Renzo. *Osservazioni sul documento redatto dai docenti torinesi di procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in www.archiviopenale.it, 25 luglio 2016.

PARLATO, Lucia. *Problemi insoluti: le perquisizioni on-line*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2018, p. 295.

PICOTTI, Lorenzo. *Spunti di riflessione per il penalista dalla sentenza delle Sezioni unite relativa alle intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 354.

PINELLI, Cesare. *Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite "virus di Stato"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 82.

RUGGIERI, Stefano. *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni*, Milano, Giuffrè, 2001.

SIGNORATO, Silvia. *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, Giappichelli, 2018.

SIGNORATO, Silvia. *Modalità procedimentali dell'intercettazione tramite captatore informatico*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2018, p. 263.

SILVESTRI, Gaetano. *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 ottobre 2018.

SPANGHER, Giorgio. “*E pur si muove*”: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rule*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2829.

TESTAGUZZA, Alessandra. *I sistemi di controllo remoto: fra normativa e prassi*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 759.

TORRE, Marco. *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1168-1170.

TROGU, Mauro. *Sorveglianza e “perquisizioni” online su materiale informatico*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014, p. 444

VENEGONI, Andrea-GIORDANO, Luca. *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazione da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2016.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 10/7/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/8/2019
- Avaliação 1: 30/9/2019
- Avaliação 2: 03/10/2019
- Decisão editorial preliminar: 03/10/2019
- Retorno rodada de correções: 05/10/2019
- Decisão editorial final: 08/10/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editoras-associadas: 2 (CC e BC)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ALONZI, Fabio. L'escalation dei mezzi di intrusione nella sfera privata: ripartire dalla Costituzione. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1421-1448, set./dez. 2019.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.259>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.